

# O LICENCIAMENTO AMBIENTAL À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

**Gustavo Alexandre Magalhães**

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela  
Universidade Federal de Minas Gerais - MG  
End. eletrônico: [gustavomagalhaes@mrfcl.com.br](mailto:gustavomagalhaes@mrfcl.com.br)

**Luis André de Araújo Vasconcelos**

Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento  
Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara - MG  
End. eletrônico: [lavasconcelos@gmail.com](mailto:lavasconcelos@gmail.com)

**Resumo:** O licenciamento ambiental, como instrumento legal que tem por objetivo garantir o desenvolvimento sustentável, deve estabelecer a compatibilização entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da proteção ao meio ambiente. Tendo em vista que os princípios podem colidir no caso concreto, deve-se realizar a ponderação dos interesses a serem tutelados, à luz do princípio da proporcionalidade. Como a intervenção estatal na propriedade e na liberdade individual não pode ocorrer de maneira injustificada, o licenciamento ambiental deve implicar a restrição menos gravosa possível ao princípio da livre iniciativa, sob pena de comprometimento excessivo dos direitos individuais.

**Palavras-chave:** Licenciamento ambiental. Desenvolvimento sustentável. Ponderação. Proporcionalidade.

## *ENVIRONMENTAL LICENSE ACCORDING TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PROPORTION*

**Abstract:** *As a legal tool, environmental license intends to foster sustainable development and establish compatibility between the constitutional principles of free initiative and environment protection. Considering that, there might be conflicts between those principles in concrete cases, the proportionality principle should be employed to evaluate carefully all the interests involved in the process. As state intervention on private properties or individual liberty cannot occur without a justified reason, environmental license should use the least restraining measure on the principle of free initiative or it will excessively affect individual rights.*

**Key words:** *Environmental License. Sustainable development. Evaluation. Proportionality*

## 1 INTRODUÇÃO

A busca pelo desenvolvimento sustentável implica a intervenção estatal no domínio econômico, de modo que os princípios da livre iniciativa, da autonomia privada e da proteção à propriedade passam a ser restringidos pelo exercício do poder de polícia amparado pela necessidade de manutenção de um meio ambiente equilibrado.

A Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, editada na conferência das Nações Unidas do Rio de Janeiro de 1992, conceituou o desenvolvimento sustentável como a compatibilização entre o necessário exercício do desenvolvimento econômico, com a manutenção equitativa dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras<sup>1</sup>.

Segundo Cristiane Derani, “desenvolvimento sustentável implica, então, o ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que deve ser ajustado numa correlação de valores em que o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico”<sup>2</sup>.

Nesse sentido, o Direito Ambiental consiste em ramo da ciência jurídica destinado a garantir o chamado desenvolvimento sustentável, de forma que a satisfação das necessidades do presente não comprometa os recursos equivalentes de que farão uso no futuro outras gerações<sup>3</sup>.

Ao discorrer sobre o caráter complementar dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides destaca a necessidade de proteção dos interesses difusos, dos quais é titular a sociedade como um todo. Trata-se dos direitos fundamentais de terceira geração, que assistem a todo o gênero humano, surgindo da observação de temas referentes “ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”<sup>4</sup>.

Portanto, o direito ao meio ambiente equilibrado constitui direito fundamental de terceira geração, por se tratar de uma prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, conforme já proclamou o Supremo Tribunal Fe-

<sup>1</sup> Conferência das Nações Unidas e Desenvolvimento (1992) Organização das Nações Unidas – ONU. Declaração Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Fonte: <http://www.interlegis.gov.br>. Acesso em: 24 fev. 2011.

<sup>2</sup> DERANI, 2008, p. 113.

<sup>3</sup> Entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, encontra-se a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I da Lei n. 6.938/81). Nesse contexto, Willian Freire leciona que “o desenvolvimento econômico e social não só é bem-vindo, como absolutamente necessário. O esforço é no sentido de criar mecanismos tecnológicos, locacionais e financeiros para que se facilite a adequação do empreendimento à sustentabilidade ambiental”. FREIRE, 2005, p. 14.

<sup>4</sup> BONAVIDES, 2004, p. 59.

deral<sup>5</sup>.

O licenciamento ambiental apresenta-se como um dos instrumentos de regulação e controle da atividade econômica no intuito de garantir a produção de riquezas sem o comprometimento da qualidade de vida das gerações atuais e futuras, consistente na criação de condicionantes para o exercício de atividades potencialmente poluidoras.

A busca pelo desenvolvimento sustentável, pois, legitima a intervenção estatal na propriedade privada e no exercício das liberdades individuais consagradas desde as revoluções burguesas do século XVIII.

Ocorre que as medidas restritivas estabelecidas pelo Poder Público no intuito de assegurar a proteção ao meio ambiente devem ser analisadas à luz das limitações impostas ao Estado pelos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional.

Analizado o licenciamento ambiental como limitação pública aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades públicas), as restrições impostas pelo Estado à atuação da iniciativa privada devem ser necessárias e exaustivamente justificadas, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário n. 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

<sup>6</sup> Apesar de não ser unânime, no âmbito doutrinário, a aceitação do princípio da proporcionalidade como norma constitucional implícita, o presente trabalho adota a posição do Supremo Tribunal Federal – STF – no sentido de que o princípio da proporcionalidade é implicitamente consagrado pelo ordenamento jurídico-constitucional. Nesse sentido, cumpre observar que o STF reconhece que a ofensa ao princípio da proporcionalidade implica a declaração de inconstitucionalidade de Leis e atos normativos em ação direta de inconstitucionalidade: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes. 2. A ausência de aditamento

Desse modo, o dever do Estado de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode justificar limitações desnecessárias e desarrazoadas aos direitos fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição da República de 1988.

## **2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL: NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS**

O art. 225 da Constituição de 1988 introduziu na ordem jurídica brasileira a defesa do meio ambiente como princípio constitucional, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na busca pela preservação do meio ambiente, o constituinte inseriu entre as competências administrativas comuns da União, Estados e Município a proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI da CR/88).

Nesse contexto, foi recepcionada pela Constituição a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e cria o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), estruturando-o na esfera federal.

Entre os órgãos federais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, insere-se o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, cuja competência foi definida no art. 6º, II da Lei n. 6.938/81, com redação dada pela Lei n. 8.028/90:

Art. 6º – Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, assim estruturado:

I – órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; (Redação dada pela Lei n. 8.028, de 1990)

da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocaninenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas. 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocaninense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. (...) BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4125, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068.

II – órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; (Redação dada pela Lei n. 8.028, de 1990).

Em face da necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, de forma a efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental, o CONAMA, no exercício de sua competência consultiva e deliberativa, editou a resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997, apresentando em seu art. 1º, inciso I, o conceito de licenciamento ambiental, nos seguintes termos:

Art. 1º – Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I – Licenciamento ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Adotando o conceito do CONAMA, percebe-se que o licenciamento ambiental constitui procedimento administrativo com o objetivo de promover a concessão de licença ambiental. Vale citar, assim, a definição de licença ambiental apresentada pelo art. 1º, II da Resolução n. 237/97 do CONAMA:

Art. 1º – Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I – (*omissis*)

II – Licença ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Nesse sentido, Carlos Augusto Silva Bevilaqua e Vitor Henrique Salvador, citados por Benjamin, conceituam o licenciamento ambiental como um instrumento através do qual o Poder Público impõe limites às atividades econômicas, por meio de controle prévio e fiscalização posterior, no que diz respeito à sua instalação e operacionalização<sup>7</sup>.

Embora não possam ser confundidos o procedimento de licenciamento e a licença ambiental dele resultante, é inegável a correlação entre ambos. Como lembra Márcia Walquiria Batista dos Santos, a licença é o ato administrativo derradeiro de um procedimento administrativo “e que se consubstancia num alvará emitido pela Administração, nos termos solicitados pelo interessado no pedido”<sup>8</sup>.

A licença é ato administrativo vinculado, por meio do qual a Administração reconhece que o particular cumpriu todos os requisitos legalmente impostos para o exercício de uma atividade que lhe seria vedada *a priori*. Trata-se de manifestação do poder de polícia estatal, na medida em que pressupõe uma restrição à liberdade particular<sup>9</sup>.

No que se refere à defesa do meio ambiente, a Constituição condiciona o exercício de atividades econômicas potencialmente poluidoras à realização de estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, IV da CR/88). Ou seja, há uma restrição à livre iniciativa para o exercício de atividades econômicas que demandem uma grande utilização dos recursos naturais, na busca de garantir a preservação de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

O procedimento chamado de licenciamento ambiental proporciona ao particular interessado a possibilidade de participação efetiva da tomada de decisão sobre a melhor solução para o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, os cidadãos poderão comprovar que adotaram medidas mitigadoras e compensatórias previstas em lei, não existindo alternativa para a Administração Pública que não seja o deferimento da licença requerida. Assim, cumpridos os requisitos legalmente impostos, o particular tem o direito subjetivo ao exercício da atividade econômica, ainda que ela apresente-se como poluidora<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> BEVILAQUA; SALVADOR. Apud BENJAMIN (Org.), p. 522-523. No mesmo sentido: FARIAS, 2007, p. 26.

<sup>8</sup> SANTOS, 2001, p. 84.

<sup>9</sup> Segundo Hely Lopes Meireles, licença administrativa é ato administrativo vinculado, pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado cumpriu todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular. MEIRELLES, 1994, p. 170.

<sup>10</sup> “Se os estudos ambientais, apesar de toda a tecnologia disponível, das medidas mitigadoras e das medidas compensatórias possíveis concluírem que o empreendimento não é ambientalmente sustentável,

Não há dúvidas de que a decolagem e aterrissagem de aviões comerciais em Fernando de Noronha, por exemplo, acarreta algum tipo de impacto ambiental. Ainda que a atividade seja considerada poluidora de alguma forma, as medidas compensatórias e de precaução adotadas (como limitação do número de visitantes à ilha) garantem o desenvolvimento sustentável da região e a melhora das condições de vida da população local, que inegavelmente se beneficia do turismo.

Deve-se observar que a livre iniciativa constitui direito fundamental do cidadão (art. 170, *caput*, da CR/88), inerente ao direito de liberdade. Com efeito, a sua restrição (por meio de licenças ou de qualquer outra medida) deve guardar relação com a busca do interesse público<sup>11</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se poder de polícia. A expressão tomada nesse sentido amplo abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos<sup>12</sup>.

Verifica-se, pois, que é o exercício do poder de polícia que legitima a atuação estatal para restringir liberdades particulares, na busca do bem comum, conforme disposto no art. 78 do Código Tributário Nacional<sup>13</sup>.

Diante da elevação da defesa do meio ambiente a direito funda-

nenhuma autoridade no mundo poderá outorgar essa licença. Por outro lado, se os estudos ambientais demonstrarem que utilizando a tecnologia disponível, as medidas mitigadoras e as medidas compensatórias possíveis mais outros fatores o empreendimento é ambientalmente sustentável, o empreendedor terá Direito Subjetivo à sua obtenção, com presteza e eficiência.” FREIRE, 2005, p. 15.

<sup>11</sup> “Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deve sê-lo — por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico —, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade de que a lei lhes haja conferido.” BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 68. No mesmo sentido: “Verdadeiro norte para o Direito Administrativo, interesse público não é uma expressão mágica, capaz de justificar todo e qualquer comportamento administrativo. Tampouco é uma palavra oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se lhe queira inserir. A finalidade da lei, em última análise, sempre será a realização do interesse público, entendido como o interesse da coletividade.” FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 57.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 780.

<sup>13</sup> “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

mental, foram criados diversos instrumentos de intervenção na liberdade do particular para restringir o exercício de atividades que agridam os ecossistemas. Trata-se do exercício do poder de polícia voltado para a defesa do meio ambiente, definido por Paulo Affonso Leme Machado como poder de polícia ambiental, que consiste na:

[...] atividade da Administração Pública que limita o exercício de direito, interesse ou liberdade; regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão do interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza<sup>14</sup>.

A legitimidade do exercício do poder de polícia ambiental foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 101, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, na qual se questionava a constitucionalidade de Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) e da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), de Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e de decretos federais que vedam a importação de pneumáticos usados.

Os instrumentos legais questionados impediam o exercício de atividade econômica (importação de pneumáticos usados), sob o fundamento de que a importação implicaria em danos ambientais e à saúde da população brasileira, em proporções maiores do que os benefícios econômicos apurados.

Por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, a ação foi julgada parcialmente procedente, nos termos do voto da Ministra Relatora, para declarar a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados e, por consequência, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos e decisões que legitimavam a importação de pneumáticos usados<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> MACHADO, 2008, p. 332.

<sup>15</sup> “Pelo exposto, encaminho voto no sentido de ser julgada parcialmente procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para: a) declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27, da Portaria DECEX n. 8, de 14.05.1991; do Decreto n. 875, de 19.7.1993, que ratificou a Convenção da Basileia; do art. 4º, da Resolução n. 23, de 12.12.1996; do art. 1º, da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.1998, do art. 1º, da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.2000; do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.2002, do art. 47-A no Decreto n. 3.179, de 21.9.1999 e seu 2º, incluído pelo Decreto 4592, de 11.2.2003; do art. 39, da Portaria SECEX n. 17, de 1.12.2003; e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.2004 com efeitos ex tunc; b) declarar inconstitucionais, com efeitos ex tunc, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, per-



Ao julgar a ADPF n. 101, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais, negou proteção ao direito fundamental de livre iniciativa, em benefício dos direitos fundamentais da proteção do meio ambiente e da saúde. Entre os Ministros que acompanharam o voto da Ministra Relatora, vale registrar a fundamentação adotada pelo Ministro Eros Grau, rechaçando a aplicação da ponderação de princípios no caso, sob o fundamento de que “a ponderação entre princípios é operada discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à incerteza jurídica”<sup>16</sup>.

mitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas. c) Excluo da incidência daqueles efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, uma vez que somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Ora, as decisões cobertas pelo manto constitucional da coisa julgada, cujo conteúdo já tenha sido executado e esgotado o seu objeto, já não podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Arguente, que, de toda sorte, teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações. Não se incluem nesta exceção conteúdos decisórios em aberto ou dispostos de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e exceções nela previstas.”

<sup>16</sup> “Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação o campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos. 10. Mas não é só. Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão, não no quadro, anterior a este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação. Este é aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade. 11. A explicitação desses dois momentos – o das normas jurídicas gerais e o da norma de decisão – não obstante expletiva, deixa bem claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade. 12. A ponderação consiste, segundo Riccardo Guastini, em estabelecer-se uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios em conflito. Isso implica em que se atribua a um deles uma importância ético-política maior, um peso maior do que o atribuído ao outro. Essa hierarquia – prossegue Guastini – é móvel porque instável, mutável: vale para um caso (ou para uma classe de casos), mas pode inverter-se, como em geral se inverte, em um caso diferente. 13. O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o “valor” dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras. 14. Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma dupla discricionariedade: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver. Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuida [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um juízo não de legalidade; no instante seguinte, uma opção subjetiva entre indiferentes jurídicos. 16. Dizer juízo não de legalidade é

dizer juízo de valor que exclui a legalidade. Excluindo-a, os juízos de ponderação entre princípios não decorrem da interpretação de textos integrados no âmbito da legalidade, a partir do que se vê inicialmente que a criação de uma hierarquia axiológica entre princípios escapa ao âmbito do jurídico, é subjetiva; após, que a opção por um deles é escolha entre indiferentes jurídicos, procedida uma vez mais subjetivamente, pelo juiz. Discricionária, pois, no sentido acima indicado. 17. Que se trata ali de discricionariedade, isso é dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da dimensão da validade, vale dizer, na dimensão do valor – observação de ALEXY – e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios não como norma jurídica, porém como valores, preferências intersubjetivamente compartilhadas, na dicção de HABERMAS. 18. Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como norma jurídica. Curiosamente, os princípios são normas, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como valores. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas... 19. Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vão cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas. 20. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece. O direito moderno, posto pelo Estado, é racional porque cada decisão jurídica é a aplicação de uma proposição abstrata munida de generalidade a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais. Eis o que define a racionalidade do direito: as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. Racionalidade jurídica é isso: o direito moderno permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados. 22. Pois é precisamente essa racionalidade que perece sempre que juízes operam a ponderação entre princípios. Daí a aguda observação de Habermas: enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos. 23. Impossível não recorrer, a esta altura, a um texto de Carl Schmitt, *La tiranía de los valores*, no qual recolho a seguinte indagação: quem estabelece os valores? Ora, os valores não são, existem apenas enquanto dotados de validade. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto valem para alguém; ou, por outra, não existem. Anota Schmitt: “Quem diz valor impõe. Quem afirma sua validade tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular”. E, adiante, Schmitt cita Nicolai Hartmann para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o “reverso fatal”: também valem sempre contra alguém. Mais grave é que, além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma: o preço supremo não é demasiado para o valor supremo e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do sem valor. Aí se manifesta a “tirania dos valores”, a respeito da qual diz Hartmann: “Cada valor, se se apoderou de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam diametralmente opostos”. A apreensão do significado da expressão tirania dos valores dá-nos – a observação é de Carl Schmitt – “a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão aticar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses”. 24. A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas – em especial os juízes – quando operam a ponderação entre

Sem prejuízo do teor da decisão, há que se observar que na concepção de desenvolvimento sustentável está embutida a compatibilização entre o imperativo do desenvolvimento nacional (art. 3º, II da CR/88) e a preservação do meio ambiente (art. 225 da CR/88). Portanto, a manifestação do poder de polícia ambiental deve buscar a conciliação entre os dois preceitos.

Nesse contexto, na medida em que o licenciamento ambiental tem o objetivo de criar condicionantes para o exercício de atividades potencialmente poluidoras, sem impossibilitar o próprio exercício da atividade, apresenta-se como o principal instrumento de que dispõe o Estado na busca do desenvolvimento sustentável<sup>17</sup>.

O que não se pode perder de vista é que os efeitos do licenciamento ambiental são de extrema relevância, haja vista que implica a intervenção do Estado no exercício do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa. O licenciamento ambiental, assim como qualquer manifestação do poder de polícia estatal, não pode ser um fim em si próprio, só sendo justificável se vinculado à busca do interesse público<sup>18</sup>.

Nesse sentido, vale citar as lições de Celso Antônio Bandeira de

---

princípios fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade. 25. Dir-se-á que não obstante a ponderação entre princípios aporte irracionalidade ao sistema, é à custa dessa e de outras transgressões – disso estou bem consciente – que o sistema se mantém em equilíbrio. A flexibilização do sistema é indispensável ao quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se seu equilíbrio e harmonia, o que permite o desempenho de sua função de preservação, em dinamismo, do modo de produção social. 26. Por isso mesmo conviria revisitarmos o foi dito a respeito da oposição entre princípios, há mais de quarenta anos, por Nicos Poulantzas: o que aparece como uma “antinomia” essencial, absoluta e irredutível ao nível do direito constitui em geral, ao nível da infraestrutura, uma contradição dialética no interior de uma totalidade significativa que engloba certos interesses e necessidades da práxis; o juiz deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos em relação a um caso concreto referindo-se à infraestrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infraestrutura. Infelizmente a doutrina esqueceu as lições de Poulantzas, para quem a ordem jurídica não compõe um sistema, é uma estrutura no interior de outra estrutura mais ampla; um todo significativo pleno de contradições, que a lógica formal não consegue explicar, mas constitui uma totalidade de sentido, uma coerência interna de significação; a infraestrutura é o fundamento da estruturação interna do direito. O plano do dever ser é um espelho, um reflexo do plano do ser. Tudo a confirmar que, em verdade, não interpretamos apenas textos normativos – e sempre na sua totalidade – mas, além deles, a realidade. A “moldura da norma” (Kelsen) não é da norma, porém dos textos e da realidade. A interpretação da Constituição é, sempre, interpretação do texto da Constituição formal, todo ele, e da constituição real, hegelianamente considerada. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/681\\_101%20EG.PDF](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/681_101%20EG.PDF). Acesso em: 28 mar. 2011.

<sup>17</sup> De acordo com Taldem Farias, “é o licenciamento ambiental o principal instrumento de que o Poder Público dispõe para viabilizar a utilização racional dos recursos ambientais por parte das atividades poluidoras ou modificadoras do meio ambiente, de forma a atingir a finalidade social priorizada pela Constituição Federal.” FARIAS, op. cit. p. 367.

<sup>18</sup> Nas lições de Paulo Affonso Leme Machado, “o procedimento do licenciamento ambiental inicial, ou de sua renovação é de extrema relevância. A intervenção do Poder Público na vida profissional ou na atividade de uma empresa só é admissível pela Constituição Federal em razão do interesse geral”. MACHADO, 2008, p. 278.

Mello:

A utilização de meios coercitivos por parte da Administração, conforme o indicado, é uma necessidade imposta em nome das defesas do interesse público. Tem, portanto, na área de polícia, como em qualquer outro setor da Administração, um limite co-natural ao seu exercício. Este limite é o atendimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia<sup>19</sup>.

A atuação estatal desvinculada de interesse público configura ofensa aos princípios da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração e da supremacia do interesse público sobre o privado, os quais constituem a “pedra de toque” do regime jurídico administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, todo o sistema do Direito Administrativo se constrói amparado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração<sup>20</sup>.

Dentro desse contexto, o princípio da supremacia do interesse público é inerente a qualquer sociedade, condicionante da própria existência do Estado. Apresenta-se, pois, como legitimador da restrição da liberdade particular pelo Estado em prol do interesse público, por meio do exercício do poder de polícia.

Assim, o licenciamento ambiental deve guardar estreita relação com a finalidade pública para a qual foi proposto: a busca do desenvolvimento sustentável, resultante da compatibilização entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir o voto condutor na ADI n. 3.540-MC, destacou que os princípios norteadores do direito ambiental e, por consequência, do licenciamento ambiental, são antagônicos. Nesse sentido, a tensão existente entre os princípios deve ser resolvida com a ponderação dos interesses constitucionalmente tutelados:

Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225) de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 801.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 54.

valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio das exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável<sup>21</sup>.

Em oposição ao antagonismo proposto pelo ministro Celso de Mello, Cristiane Derani não trata os princípios como antagônicos, mas como aspectos inseparáveis dentro da ordem jurídica brasileira<sup>22</sup>. Sob essa ótica, não se pode conceber o conceito de desenvolvimento sem que esteja compatibilizado com a proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, o ministro Carlos Ayres Britto, no voto proferido na Suspensão de Tutela Antecipada n. 171, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, assim se manifestou:

Não quero perder a oportunidade para dizer que essa noção vem se desenvolvendo, vem se densificando tanto, que hoje já é possível afirmar, com foros de cientificidade constitucional, que o conceito de desenvolvimento em nenhum momento pode se antagonizar com o de meio ambiente. Isso é um falso problema. O certo é: não há desenvolvimento sem meio ambiente sustentado. De maneira que o meio ambiente se tornou hoje, por evolução conceitual, perfeitamente compreensível, fundamentada, um elemento conceitual do próprio desenvolvimento<sup>23</sup>.

Deve-se observar que, mesmo reconhecendo que a busca pela preservação do meio ambiente insere-se entre os deveres do Estado, não se pode conceber que o conceito de desenvolvimento pressuponha a defesa incondicional do meio ambiente. É que o imperativo do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CR/88) pressupõe a livre iniciativa, que é restringida por meio de instrumentos que visam à preservação do meio ambiente.

Segundo Robert Alexy, diante de uma colisão, um dos princípios

<sup>21</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.540-MC. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 03.02.2006.

<sup>22</sup> Segundo Cristiane Derani, os princípios fundados na liberdade de agir econômico e na liberdade de dispor de um meio ambiente equilibrado, exprimem a mesma força imperativa na Constituição Federal. Estes princípios se revelam, na realidade, não em contradição, como o simplismo imperante sugere, mas constituem inseparáveis aspectos de uma realidade que parece sem a manutenção do tensionamento entre tais valores. DERANI, 2008, p. 222.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 171-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ: 12.12.2007, Plenário, DJE de 29-2-2008. No mesmo sentido: STA 118-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12.12.2007, Plenário, DJE de 29.2.2008.

em questão terá que ceder, sendo que as condições estabelecidas em cada caso concreto é que irão determinar qual princípio colidente terá precedência sobre o outro<sup>24</sup>.

Dessa forma, ao lançar mão do licenciamento ambiental (ou de qualquer outra medida que vise a restringir a livre iniciativa em benefício do meio ambiente), deve o Poder Público buscar, em cada caso, a ponderação entre os princípios conflitantes (livre iniciativa e proteção do meio ambiente), levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso concreto.

A ponderação não pode acarretar ofensa ao núcleo intangível dos direitos fundamentais, preservando-se ao máximo as garantias individuais do cidadão.

### **3 INSTRUMENTALIDADE DAS PRERROGATIVAS ESTATAIS: INEXISTÊNCIA DE PODERES PÚBLICOS DESVINCULADOS DE FINALIDADES DE INTERESSE GERAL**

Ao tratar do licenciamento ambiental como a principal manifestação do poder de polícia ambiental, que visa à conjugação do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, é relevante trazer à discussão a inexistência de poderes públicos desvinculados do interesse geral.

É que, entre os fundamentos para o licenciamento ambiental, insere-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, consubstanciado na necessidade de defesa de um meio ambiente equilibrado para as presentes e para as futuras gerações.

Humberto Ávila rechaça a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, argumentando que há impossibilidade de dissociação do interesse público e do interesse privado:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira, que não podem ser separadamente escritos na análise da atividade

<sup>24</sup> “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, é permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência sobre o outro em determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência deverá ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.” ALEXY, 2008, p. 93.

estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direito fundamentais)<sup>25</sup>.

A noção de interesse público constitui conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fluido, extremamente carente de concretização pelo intérprete do Direito, a partir dos critérios normativos adotados pela Constituição de cada país. Nota-se, dessa forma, que, embora sejam muito difundidos o conceito e a contraposição entre interesses públicos e interesses privados, não há consenso doutrinário acerca da delimitação da abrangência de ambas as expressões.

Como bem anotou Pietro Perlingieri: “o interesse público e aquele privado individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, devem estar presentes em toda atividade juridicamente relevante”<sup>26</sup>. A concretização do interesse público exige a compatibilização dos interesses constitucionalmente protegidos, o que inclui a proteção a interesses privados. Nesse sentido vale citar as lições de Gustavo Binênbojn:

O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao cabo deste trabalho, ficará demonstrado que, ao contrário do que se acredita, a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro<sup>27</sup>.

O que se deve observar é que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não gera para o administrador público, no exercício do poder discricionário, liberdade para definir a conduta que irá adotar na consecução de determinado objetivo. Tendo em vista que a vontade do administrador tem que estar vinculada ao interesse público, a Administração Pública possui um poder-dever atrelado ao atendimento dos interesses que fundamentam a atuação estatal em cada caso.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

As prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de *poderes*. Na verdade, o que ela dispõe são poderes-deveres, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de *função*. Tem-se função apenas quando alguém está assujeit-

<sup>25</sup> ÁVILA, 2007, p.13.

<sup>26</sup> PERLINGIERI, 2002, p. 285.

<sup>27</sup> BINENBOJN, 2008, p. 77.

ado no dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade<sup>28</sup>.

O que dificulta a análise de qual interesse deve ser tutelado pela atuação estatal é a inexistência de um interesse público *a priori*. De acordo com Marçal Justen Filho:

Uma das asserções mais difundidas do Direito Administrativo do espetáculo consiste em que o fim do ato administrativo é vinculado. Afirma-se que o ato administrativo se vincula necessariamente à realização do interesse público. Essa fórmula é totalmente opaca e não traduz qualquer conteúdo concreto. Excluídas situações patológicas, é impossível verificar, no caso concreto, a efetiva referência da atividade administrativa à consecução de algo que possa ser qualificado como interesse público<sup>29</sup>.

O interesse público é um conjunto de interesses individuais coincidentes, em torno de um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. Por partir da necessidade de uma conjugação de interesses individuais, o interesse público altera-se em face do ponto de vista que ele é analisado. Mas, uma vez feita a ponderação acerca de quais interesses e direitos serão tutelados pelo Estado no caso concreto, essa resultante denominada “interesse público” passa a ter posição de supremacia sobre todos os interesses privados que possam conflitar com a finalidade pública.

Não há dúvidas de que o direito de propriedade, por exemplo, integra a noção de interesse público consagrada pela Constituição de 1988. No entanto, o ordenamento jurídico admite a possibilidade de expropriação do patrimônio particular no intuito de atender a anseios de toda a coletividade. No caso concreto, portanto, o interesse privado do proprietário sucumbirá diante da comprovada necessidade pública de se realizar o ato de desapropriação.

Percebe-se que a definição de interesse público é resultante da ponderação entre os vários interesses privados e setoriais amparados pelo ordenamento jurídico, cabendo ao Estado (ora pelo Legislativo, ora pelo Executivo e ora por meio do Judiciário) o papel de grande mediador na luta democrática em que cada um busca interesses próprios.

Dessa forma, a Constituição assegurou princípios e valores distintos, garantindo e preservando “vários interesses públicos”. E todas essas

<sup>28</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 94.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, 2008, p. 76.



aludidas manifestações da sociedade civil podem vir a se chocar com o que se entende como interesse público no caso concreto.

Assim, a concepção de realização do interesse da coletividade pela sociedade civil deve ser analisada à luz da “pluralidade de interesses públicos” existentes na sociedade brasileira.

Ao buscar o interesse da coletividade, o Estado atua como mediador dos vários atores sociais que apresentam suas diferentes concepções de interesse público.

A atuação do Estado na busca de qual interesse público será tutelado em cada caso leva à relativização de direitos fundamentais. Tome-se como exemplo uma organização não-governamental que atua em defesa do meio ambiente e que luta pela não construção de uma grande obra viária. Há um conflito entre o direito fundamental de defesa do meio ambiente e o direito à liberdade e à segurança do cidadão, tutelado pela construção da via. Dessa forma, ao tomar uma decisão no caso concreto, o Poder Público poderá otimizar em maior medida um dos princípios constitucionais em jogo, ainda que em detrimento de outro direito fundamental.

Ao tratar da autonomia privada e suas limitações, Daniel Sarmento ensina que:

Em grande parte dos sistemas constitucionais modernos, foram salvaguardadas, até do legislador, certas liberdades individuais mais essenciais, como a liberdade de religião, de expressão, de associação, dentre outras. Estas liberdades compõem, mas não esgotam, a autonomia privada do indivíduo, e, pela sua importância para a proteção da dignidade humana, receberam dos ordenamentos jurídicos, inclusive internacionais, uma proteção reforçada. Isso não quer dizer, no entanto, que mesmo estas liberdades fundamentais revestem-se de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito fundamental ou princípio constitucional igualmente relevante. Nesta hipótese, poderá ser necessário, diante dos contornos do caso, restringir a liberdade em questão de forma proporcional, visando uma otimização dos bens jurídicos em confronto através de uma ponderação de interesses<sup>30</sup>.

Nota-se, portanto, que mesmo os direitos fundamentais mais protegidos pelo ordenamento constitucional podem ser relativizados na busca do interesse público a ser tutelado no caso concreto. Não existe, assim, um

<sup>30</sup> SARMENTO, 2010, p. 156

direito fundamental absoluto, de forma que nem as liberdades individuais serão sempre asseguradas de forma plena, nem tampouco os direitos difusos.

A busca pelo direito a ser tutelado implica a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, verificando qual direito fundamental deve ser preservado em cada caso, conforme reconhecido pela ministra Carmem Lúcia, no voto condutor da ADPF n. 101:

Apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil<sup>31</sup>.

Conforme doutrina do ministro Gilmar Ferreira Mendes, para “evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”, deve-se impor limitações para a relativização dos direitos fundamentais. É que cada direito fundamental garantido na Constituição possui um núcleo intangível, que não é passível de relativização, em face da supremacia da Constituição<sup>32</sup>.

Segundo Alexy, existem duas teorias distintas acerca do núcleo intangível do direito fundamental: a teoria absoluta e a teoria relativa. Os seguidores da teoria absoluta, adotada por Gilmar Ferreira Mendes, defendem que todo o direito fundamental possui um núcleo que não pode ser restringido em hipótese alguma. Já na teoria relativa, a garantia do núcleo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. Defende-se que o núcleo essencial é o resultado da sobreposição de um direito fundamental sobre o outro, que não será violado caso haja observância do princípio da proporcionalidade<sup>33</sup>.

Ao analisar as relatividades das liberdades econômicas da Alemanha, Daniel Sarmento reconhece que é possível restringir direitos individuais, entre os quais se inserem as liberdades econômicas, na defesa do interesse público, desde que observado o princípio da proporcionalidade<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Fonte: <http://www.sbdp.org.br>. Acesso em: 25 fev. 2011.

<sup>32</sup> MENDES, 2007, p. 35.

<sup>33</sup> ALEXY, 2008, p. 297.

<sup>34</sup> Segundo o autor, “em diversas decisões a Corte Constitucional Alemã enfatizou a ideia de que a noção de pessoa, como ser situado com a sua comunidade, não é compatível com a ótica do liberalismo ortodoxo, de princípios da livre iniciativa e da proteção da propriedade. Em relação à propriedade,

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como instrumento de conciliação diante da colisão de direitos fundamentais antagônicos, devendo ser observado que diante de um conflito deve-se buscar a mínima intervenção nas liberdades constitucionalmente asseguradas ao cidadão. O ponto de equilíbrio do sistema, pois, é a prevalência de um princípio sobre o outro em um caso concreto, sem que implique o perecimento do direito fundamental sobreposto, esvaziando-se seu conteúdo.

A esse respeito, leciona Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos<sup>35</sup>.

O licenciamento ambiental busca a compatibilização de direitos fundamentais potencialmente conflitantes (livre iniciativa e proteção do meio ambiente). Dessa forma, cabe ao princípio da proporcionalidade garantir a tutela do interesse da coletividade (defesa do meio ambiente) sem implicar o esvaziamento das liberdades econômicas consagradas pela Constituição de 1988.

#### **4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO NORMA CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA**

Diante da inexistência de uma garantia constitucional absoluta, os conflitos estabelecidos entre os diversos “interesses públicos” presentes na Constituição devem ser solucionados por meio da ponderação dos bens jurídicos tutelados, o que reclama a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Primeiramente, importa ressaltar que o presente trabalho adota a posição doutrinária que trata como sinônimos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo o primeiro termo de preferência dos

aliás, é o próprio texto constitucional, no seu art. 14.2 que determina que “A propriedade obriga. Seu uso deverá servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. A concepção de pessoa subjacente ao princípio da pessoa humana, coligada com o princípio do Estado Social de Direito, justifica, segundo a jurisprudência, profundas restrições às liberdades econômicas em favor da proteção dos interesses coletivos, desde que observado o princípio da proporcionalidade”. SARMENTO, 2010, p. 172.

<sup>35</sup> BONAVIDES, 2004, p. 326.

juristas europeus e o segundo dos juristas anglo-saxões<sup>36</sup>. Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso afirma que “é digna a menção à ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sobre influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira”<sup>37</sup>.

Ainda que não seja explicitamente previsto na Constituição, a doutrina e a jurisprudência reconhecem o princípio da proporcionalidade como norma constitucional implícita, orientadora do ordenamento jurídico pátrio<sup>38</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, na condição de “guardião da Constituição”, reconhece que o princípio da proporcionalidade é norma constitucional implícita. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.407-MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, restou consignado que o princípio da proporcionalidade é norma constitucional de justificação de diversas cláusulas expressas no texto da Constituição, sobretudo do *due process of law*<sup>39</sup>.

Da mesma forma, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 9, de Relatoria do Ministro Neri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de analisar a constitucionalidade das

<sup>36</sup> Luis Virgílio Afonso da Silva apresenta uma crítica à doutrina majoritária, alegando que não há identidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade. Segundo o autor, há uma diferença substancial entre os princípios, na medida em que “a exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição de legitimidade dos fins. Barroso chama a primeira exigência de compatibilidade entre meio e fim – de razoabilidade interna, e a segunda – legitimidade dos fins – de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, a exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins”. SILVA, 2002, p. 35.

<sup>37</sup> BARROSO, 1993, p. 69.

<sup>38</sup> “O princípio da proporcionalidade constitui importantíssimo parâmetro para aferição das restrições aos direitos fundamentais. Com efeito, o princípio da proporcionalidade, cuja vigência no ordenamento jurídico brasileiro é reconhecida, em uníssono pela doutrina e jurisprudência, estabelece critérios intersubjetivamente controláveis para a resolução de colisões envolvendo interesses constitucionais.” SARMENTO, 2010, p. 156.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantivo *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantivo *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”. Votação: por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão. Resultado: indeferida. DJ DATA-24-11-00 PP-00086; EMENT VOL-02013-10 PP-01974. Julgamento: 07/03/1996 - Tribunal Pleno.

normas jurídicas em face de sua adequação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade<sup>40</sup>.

Ao ser aplicado no caso concreto, o princípio constitucional da proporcionalidade deve ser desdobrado em três subprincípios: da adequação, da necessidade (vedação do excesso) e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em síntese, o subprincípio da adequação estabelece que os meios utilizados pela Administração sejam adequados à finalidade para a qual se propõem; o da necessidade impõe a busca dos meios menos gravosos, da menor intervenção possível nos direitos individuais do cidadão; já o da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação necessária para justificar a interferência nos direitos individuais, sendo o resultado da equação entre os ônus e os benefícios trazidos com a medida adotada pelo Poder Público<sup>41</sup>.

Segundo Luis Virgílio Afonso da Silva, os subprincípios da proporcionalidade devem ser aplicados na seguinte ordem: “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”<sup>42</sup>.

Nesse contexto, a análise da necessidade somente será possível caso constatado que os meios adotados pelo Poder Público para atingir a

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFICAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. ADC 9, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001, DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001.

<sup>41</sup> Luis Roberto Barroso sintetiza os subprincípios como “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingidas; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência nas esferas do direito do cidadão. BARROSO, 1993, p. 209.

<sup>42</sup> SILVA, 2002, p. 35.

finalidade são adequados. Da mesma forma, somente será possível fazer a ponderação entre os benefícios e ônus decorrentes da medida (proporcionalidade em sentido estrito), caso ela seja adequada e caso ela não possa ser substituída por uma medida menos gravosa aos interesses individuais dos cidadãos (necessidade)<sup>43</sup>.

Com efeito, não é relevante apenas a análise dos subprincípios de forma estanque, observando-se a ordem de precedência de um sobre o outro, mas também é de extrema importância que a aplicação leve em consideração as particularidades do caso concreto. Não há direito fundamental absoluto, ou de hierarquia superior, nem tampouco uma fórmula abstrata que determine a prevalência *a priori* de um princípio sobre o outro. São as particularidades do caso concreto, portanto, que proporcionarão substrato fático para a decisão do Poder Público.

Partindo-se da premissa de que o licenciamento ambiental é um dos meios adequados de que dispõe o Estado para intervir assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, as restrições impostas às liberdades econômicas devem ser analisadas à luz do subprincípio da vedação do excesso.

## 5 A VEDAÇÃO DO EXCESSO EM MATÉRIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental constitui forma de intervenção do Estado no exercício da liberdade de iniciativa, da autonomia privada e do direito de propriedade, no intuito de garantir o desenvolvimento sustentável.

Ocorre que a defesa de um meio ambiente equilibrado não pode ignorar a busca do desenvolvimento econômico, como sugerem alguns movimentos internacionais liderados por organizações não-governamentais – ONGs. Em algumas situações, a luta pela preservação do meio ambiente distancia-se, até mesmo, da ideia de desenvolvimento sustentável, princípio fundamental que ampara todo o Direito Ambiental<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Nesse sentido, Luis Virgílio Afonso da Silva conclui que “é justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada, que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Ibidem, p. 35.

<sup>44</sup> “Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequada, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição. É claro que ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legis-

Ao tratar da inserção, em nossa Constituição, de normas ambientais impostas por países desenvolvidos, Luis Roberto Barroso afirma que “o discurso ambientalista do primeiro mundo só nos aproveita em parte. Paralelamente a ele, há que se ter em conta que a expressiva parcela de nossos esforços neste domínio deve se concentrar na erradicação da miséria”<sup>45</sup>.

De fato, a realidade vivida pelo Brasil nos últimos vinte anos deixa clara a importância do desenvolvimento econômico para a consecução dos objetivos do art. 3º da Constituição de 1988<sup>46</sup>.

Certo é que a limitação ao direito fundamental do desenvolvimento econômico deve ser encarada de forma excepcional, em conformidade com o regime constitucional do Estado Democrático de Direito, o qual, segundo Carlos Ari Sundfeld, “é governado por uma fundamental finalidade: fazer com que o exercício do poder político não elimine o necessário espaço de liberdade individual”<sup>47</sup>.

Dessa forma, o exercício do poder de polícia, consubstanciado no licenciamento ambiental, somente pode ser manifestado quando inevitável para a consecução do interesse público, devendo resultar o mínimo de intervenção estatal possível na livre iniciativa e na propriedade privada.

Para Sundfeld, esta mínima intervenção estatal na vida privada é um princípio, pelo qual se exige que:

- a) todo condicionamento esteja ligado a uma finalidade pública, ficando vetados constrangimentos que a ela não se vinculem; b) a finalidade ensejadora da limitação seja real, concreta e poderosa; c) a interferência estatal guarde relação de equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais; e d) não seja atingido o conteúdo essencial de um direito fundamental<sup>48</sup>.

lador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é que se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou outro igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários de direitos fundamentais”. ALEXY, 2008, p. 591.

<sup>45</sup> BARROSO, 1993, p. 62

<sup>46</sup> “É ocioso afirmar, a esta altura do processo de globalização em curso, do qual somos atores e espectadores, que a visão pós-moderna da condução da política é indissociável da efetiva prossecução de resultados econômicos, que são inegavelmente um prius para alcançar resultados sociais, ou não-econômicos se assim se preferir, pois que demandam a aplicação de amplos recursos, que só podem ser gerados em um ambiente de competição global, em que as unidades políticas não mais detenham o monopólio das decisões, como o tinham ontem, mas necessariamente as compartilhem com entidades da sociedade organizada, notadamente as mega-empresas, sendo que muitas destas detêm poder decisivo mais substancial que um grande número de países”. MOREIRA NETO, 2007, p. 165.

<sup>47</sup> SUNDFELD, 2003, p. 67.

<sup>48</sup> SUNDFELD, 2003, p. 68.

Observa-se, porém, que a mínima intervenção estatal é o resultado da aplicação, no caso concreto, do subprincípio da necessidade (vedação do excesso), inerente ao princípio constitucional da proporcionalidade. Portanto, refere-se à necessária análise de que o meio utilizado pela Administração ao limitar um direito fundamental não poderia ser substituído por outro menos gravoso, apto a preservar de forma mais significativa o direito fundamental atingido<sup>49</sup>.

O licenciamento ambiental, portanto, não pode ser entendido, exclusivamente, como um meio de proteção do meio ambiente, em detrimento do desenvolvimento econômico. As medidas restritivas ao princípio da livre iniciativa, impostas por meio do licenciamento ambiental, não podem atingir o núcleo do direito fundamental e devem ser excepcionais, ou seja, devem ser utilizadas exclusivamente nos casos em que não seria possível adotar uma medida menos gravosa sobre a liberdade individual do cidadão.

Sabe-se que entre os princípios que regem o Direito Ambiental inserem-se os princípios da Precaução e do Poluidor-Pagador, cuja aplicação pressupõe a prevalência da defesa do meio ambiente em detrimento da livre iniciativa<sup>50</sup>.

Ocorre que, quando são criadas condicionantes para o exercício de atividades potencialmente poluidoras, não se pode perder de vista que a livre iniciativa – assim como a proteção ao meio ambiente – é um direito fundamental, sendo essencial para a promoção dos direitos sociais garantidos na Constituição.

As limitações devem ser justificadas, portanto, sob a ótica da necessidade das restrições das liberdades econômicas, demonstrando que não haveria outro meio mais eficaz e menos gravoso para atingir a finalidade consubstanciada no licenciamento ambiental, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

O licenciamento ambiental, portanto, concebido como instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável, deve buscar a com-

<sup>49</sup> Nesse sentido, Luis Virgílio Afonso da Silva sintetiza que “um ato estatal que limita o direito fundamental somente é necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite em medida menor o direito fundamental atingido”. SILVA, 2002, p. 35.

<sup>50</sup> A articulação mais comumente conhecida e empregada para conceituar o Princípio da Precaução é encontrada na declaração do Rio, a qual estabelece que, havendo ameaças de danos sérios e irreversíveis ao meio ambiente, a falta de certeza absoluta e científica não deve ser usada como razão para se adiar a adoção de medidas economicamente viáveis destinadas a evitar ou reduzir os danos ambientais em questão. Já o princípio do Poluidor-Pagador pode ser compreendido como um mecanismo de alocação da responsabilidade pelos custos ambientais associados à atividade econômica. SAMPÁIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 17,23.



patibilização entre o desenvolvimento econômico e a preservação dos ecossistemas para as presentes e futuras gerações.

## 6 CONCLUSÕES

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos de manifestação do poder de polícia do Estado, criado para garantir o desenvolvimento sustentável, na busca da conjugação entre dois direitos fundamentais que, frequentemente, entram em conflito no caso concreto: o direito à livre iniciativa e o direito à proteção do meio ambiente.

Deve-se, pois, em cada caso, buscar a interação entre os direitos fundamentais, por meio da ponderação entre a necessidade de desenvolvimento econômico e a manutenção do meio ambiente equilibrado, garantindo, da melhor forma possível, a preservação das garantias fundamentais do cidadão.

Ao realizar a ponderação entre os direitos que compõem o conceito de desenvolvimento sustentável, deve-se observar que o licenciamento ambiental constitui uma restrição aos princípios da livre iniciativa, da autonomia privada e da proteção à propriedade, devendo estar estreitamente vinculado ao interesse público para o qual foi criado. Ocorre que não existe um interesse público *a priori*, tampouco direitos fundamentais absolutos, devendo haver a ponderação dos direitos conflitantes na busca do melhor interesse a ser tutelado em cada caso.

O princípio da proporcionalidade é norma constitucional implícita, orientadora da aplicação das normas constitucionais no caso concreto, desdobrando-se em três subprincípios: da adequação, da necessidade (vedação do excesso) e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ao lançar mão do licenciamento ambiental, o Poder Público deve levar em consideração que a livre iniciativa é um direito fundamental de suma importância, haja vista ser necessária para o desenvolvimento econômico e, consequentemente, para a consecução dos direitos sociais previstos na Constituição. Portanto, sua limitação deve ser encarada de forma excepcional, em conformidade com o regime constitucional do Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade, sobretudo no que se refere ao subprincípio da necessidade, condiciona a constitucionalidade do licenciamento ambiental somente à inexistência de outro meio mais eficaz e menos gravoso para garantir um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, set./out./nov. 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito constitucional**. ANO, EDITORA, CIDADE, p. 69.

BEVILAQUA, Carlos Augusto Silva; SALVADOR, Vitor Henrique. Saneamento do licenciamento ambiental. *Apud* BENJAMIN (Org.). **Paisagem, natureza e direito**. ANO, EDITORA, CIDADE

BINENBOJN, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> > Acesso em: 25 de fev. de 2010.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS E DESENVOLVIMENTO. Organização das Nações Unidas – ONU. **Declaração Sobre Meio Am-**

**biente e Desenvolvimento.** 1992. Fonte: <http://www.interlegis.gov.br/>. Acesso em: 24 fev. 11.

DERANI, Cristiane. **Curso de Direito Ambiental Econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Taldem. **Licenciamento Ambiental:** aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREIRE, Willian. **Direito Ambiental Aplicado à Mineração.** Belo Horizonte: Editora Mineira, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. *IN:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Gabriel Francisco Bello. Licenciamento ambiental. Licença ou autorização. In: CARRIJO, Gracielle; RIEVERS, Marina. **Direito e meio ambiente**: reflexões atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SAMPÁIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional Comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2010.

SANTOS, Walquiria Batista dos. **Licença Urbanística**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: **Revista dos Tribunais**, n. 798, abr./2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Recebido em 28/02/2011

Aprovado em 25/04/2011